

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip

Afl. 2004-40

10 november 2004

Denk en schenk met de kantonrechter Schenken 'door de bewindvoerder' in het kader van de estate planning

Het doen van schenkingen is de estate planningstool bij uitstek. '*Progressiedruk*' en '*vrijstellingsoptimalisatie*' zijn hierbij de toverwoorden. Indien de schenker zélf niet in staat is om schenkingen te verrichten, komt de vraag op wat in dit kader de mogelijkheden van een meerderjarigenbewindvoerder zijn. De bewindvoerder heeft, als hij degene is die het initiatief wil nemen tot een schenking en de rechthebbende geen toestemming kan verlenen, *machtiging* nodig van de kantonrechter (art. 1:441 lid 2 onder a BW).

Zal de kantonrechter zijn medewerking verlenen?

Op 1 juni 2004 zijn in dit kader door het Landelijk Overleg Kantonsectorvoorzitters (LOK) Aanbevelingen opgesteld. Voorzover het de schenking betreft, hierbij de tekst:

'Aanbevelingen omtrent schenking

1. Een door de bewindvoerder ingediend verzoek om te worden gemachtigd tot het doen van een schenking namens een rechthebbende die zijn wil niet kan bepalen, zal als hoofdregel worden *afgewezen* indien er geen *schenkingstraditie* wordt aangetoond.
2. In *bijzondere*, door de bewindvoerder aan te voeren, *omstandigheden* kan van de hoofdregel worden afgeweken indien het belang van de rechthebbende dat vereist, dan wel indien de schenking de leefomgeving van de rechthebbende verbetert.
3. In beginsel wordt schenking, *ook als* er sprake is van een *schenkingstraditie*, *niet toegestaan* wanneer de rechthebbende:
 - a. jonger is dan 65 jaar, voor zover het liquide vermogen onder € 40.000 komt;
 - b. ouder is dan 65 jaar, voor zover het liquide vermogen minder wordt dan € 20.000.

Van deze grenzen kan worden afgeweken indien de kantonrechter van oordeel is dat daarmee de toekomstige verzorging van rechthebbende geen gevaar loopt. Daarbij wordt gelet op enerzijds de verwachte inkomsten en anderzijds het behoeftepatroon van rechthebbende, waaronder kosten van levensonderhoud, recreatie, bewindvoering, bijdragen in gezondheidszorg en hulpmiddelen, reserves voor toekomstige verhuizing en herinrichting [cursivering van ons, SBS].’

De Aanbeveling wordt toegelicht. Een enkele passage willen wij u niet onthouden:

‘Toelichting

Het standaardverzoek tot machtiging voor schenkingen is echter afkomstig van de bewindvoerder, terwijl de rechthebbende niet meer in staat is zijn wil te bepalen. Soms kan die wil worden afgeleid uit aangetoonde repeterende handelingen van de rechthebbende voorafgaand aan instelling van het bewind (jaarlijkse donaties aan bepaalde goede doelen; periodieke gift aan kinderen van groter omvang dan regulier verjaarscadeau). Er is dan, behoudens het geval dat sprake is van zodanig afgenomen vermogen dat voortzetting van die traditie de toekomstige verzorging van rechthebbende in gevaar brengt, geen reden om van dit gebruik af te wijken. Daarbij dient wel te worden vastgesteld of er op basis van die gebleken traditie een inbrengverplichting is zoals bedoeld in art. 4:229 BW.

De wil van rechthebbende kan ook niet met voldoende zekerheid worden afgeleid uit een kopie van een testament dat in de kast gevonden wordt. De uiterste wil kan immers gewijzigd zijn en of dat zo is, is voor overlijden van rechthebbende door niemand te controleren, ook niet door notarissen.’

De Aanbeveling spreekt voor zich, en de inhoud verbaast ons op zich niet, gelet op de beschermende taak die aan de kantonrechter is toebedeeld.

Men dient te beseffen dat deze Aanbevelingen niet moeten worden gezien als reglementen; zij zijn derhalve *niet bindend*. In voorkomende gevallen kan de kantonrechter vanzelfsprekend ruimhartiger of strenger zijn.

Hof Den Bosch oordeelde op 5 augustus 2004 in de lijn van de onderhavige Aanbeveling:

‘Ter zitting is komen vast te staan dat X nooit schenkingen heeft gedaan aan appellante; er bestaat aldus *geen schenkingstraditie*. [...] Tenslotte is van belang dat ten gevolge van de schenking X het grootste deel van haar vermogen [...] zal verliezen, terwijl niet valt uit te sluiten dat zij dit vermogen in de *toekomst*, bijvoorbeeld bij wijziging van regelgeving, nog zal behoeven. Gelet op het bovenstaande is het hof van oordeel dat er onvoldoende omstandigheden aanwezig zijn om toestemming te kunnen verlenen. Het enkele feit dat de bedoelde schenking voor appellante een *belastingvoordeel* oplevert is hiertoe *onvoldoende* [cursivering van ons, SBS].’

In het geding wordt ook het *testament* van de rechthebbende betrokken, hoogstwaarschijnlijk om te laten zien dat de beoogde begiftigde ook enig erfgenaam zou (kunnen) zijn. In dit kader wordt ook als grief aangegeven dat aan de schenking

de *ontbindende voorwaarde* zal worden verbonden dat de begiftigde ook erfgenaam zal zijn. Het hof vindt echter dat een en ander onvoldoende *zekerheid* biedt, omdat het vermogen wellicht niet meer aanwezig is voor de (werkelijke) erfgenamen van de rechthebbende.

Hoe kan men aan de kantonrechter (lees eigenlijk: 'aan de positie van de rechthebbende') tegemoetkomen?

De *herroepelijke* schenking, een schenking onder ontbindende voorwaarde die naar de huidige wettelijke maatstaven fiscaal in het betreffende jaar verricht is, lijkt in voorkomende gevallen een oplossing. Waarbij bijvoorbeeld een herroepingsmogelijkheid *bedongen* zou kunnen worden voor het geval dat de rechthebbende het vermogen weer nodig heeft voor zijn verzorging. Men kan zelfs voor de herroeping *aansluiting zoeken* bij de gevallen genoemd in de Aanbevelingen. Lardeer dit met een *zekerheidsrecht* (verpanding/hypotheek) en wellicht dat de kantonrechter minder problemen ziet. Wat betreft de positie van de *erfgenamen* dient men te beseffen dat een herroepingsmogelijkheid *ook ten behoeve van de erfgenamen* kan worden bedongen (Toelichting Voorontwerp Schenking, p. 901). Hiermee wordt dan voorkomen dat een schenking de *erfrechtelijke 'status quo' doorkruist* en er gezocht moet worden in de kast van de rechthebbende naar een (oud?) afschrift van een testament.

Nader maatwerk is vanzelfsprekend vereist, maar wellicht is de *herroepelijke* schenking een idee voor het overleg met de kantonrechter.

Voor achtergronden met betrekking tot de herroepelijke schenking: T.J. Mellema-Kranenburg, De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe schenkingsrecht?, Nieuw Erfrecht 2004/3, L.C.A. Verstappen, Handboek Nieuw Erfrecht (2002), p. 554 e.v. en W. Burgerhart & F.W.J.M Schols, De schenking en gift in het nieuwe jaar, WPNR 6519 (2003).

Heeft u Tips voor *EstateTip*? Wij horen het graag.

Tot volgende week!